

## **ACTOS ADMINISTRATIVOS DE RETIRO DE EMPLEADOS PROVISIONALES Y MOTIVACIÓN APARENTE<sup>1</sup>**

*La cultura es un saber del que no tiene uno que acordarse. fluye espontáneamente*

*Diógenes*

Es necesario, agradecer al Consejo de Estado por ésta iniciativa pedagógica, que nos invita a reflexionar, en un valor que trae tanto progreso como es la cultura de la legalidad y seguridad jurídica, particularmente en este distrito judicial reflexionar sobre la casuística recurrente en torno a casos recurrentes de lesión al principio de legalidad, a nivel de los entes territoriales, municipio y Departamento.

Dentro de los temas, que desde el quehacer judicial corresponden con la pauta propuesta, se abordará los actos administrativos de retiro del servicio de empleados provisionales y apariencia de motivación, como ejemplo que precisa que la legalidad que reclama el Estado Social de Derecho no es aquella formal, aparente sino sustancial, y así mismo las causas de condena sobre este punto y cómo evitarlo.

### **1. RETIRO DEL SERVICIO DE EMPLEADOS PROVISIONALES, PRESUPUESTOS CONCEPTUALES, NORMATIVOS Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.**

Para entender el problema, es necesario reconocer que este es un tema propio del ámbito laboral administrativo - estatal, donde las forma de vinculación y empleo, tiene unas reglas, categorías y conceptos diferentes al de los particulares, y se relacionan con el servicio y ejercicio del poder público (potestad).

Tratándose del Estado se presenta una categoría general que es la de servidor público, se advierte en la noción servidor, el carácter vocacional de servicio del mismo; ahí se comprenden diversas modalidades de vinculación a la administración; para el caso, son determinantes tres clases de empleo que pertenecen a la categoría de empleados públicos cuyo vínculo es legal y reglamentario, allí encontramos las siguientes clases de empleos (i) los de la regla

---

<sup>1</sup> Eddy Alexandra Villamizar Schiller, Juez Tercero Administrativo de Valledupar. Especialización en Derecho Contencioso Administrativo, Maestría en Derecho Administrativo.

general, carrera, (ii) los de libre nombramiento y remoción, y, (ii) transitorios (mundo del deber ser) empleados provisionales<sup>2</sup>

En efecto, desde el plano constitucional<sup>3</sup>, la regla general de vinculación al sector Público es la Carrera<sup>4</sup>, regla que se cimienta sobre el principio constitucional del mérito, igualdad, y garantía de participación<sup>5</sup>, empleo que implica las siguientes características fundamentales:

- Para acceder al mismo, los es por mérito, por concurso<sup>6</sup>, para lo cual se deben agotar los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, por ende no se limita a los requisitos de cualquier empleo sino superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba<sup>7</sup>;
- La estabilidad en el empleo se condiciona por la calificación satisfactoria<sup>8</sup> en el desempeño del empleo, el logro de resultados y realizaciones en el desarrollo y ejercicio de la función pública, en consecuencia son evaluados y calificados con base en parámetros previamente establecidos que permitan fundamentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de las metas institucionales.
- El retiro del servicio: la forma de vinculación le confiere al empleo una estabilidad reforzada, en tanto se produce declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa y por acto motivado<sup>9</sup>.
- De allí que el retiro del servicio del empleo en carrera administrativa, es una potestad administrativa reglada<sup>10</sup>, en efecto, el legislador determinó de forma previa y configurada el margen de apreciación de la actividad administrativa se encuentra preconfigurado en la norma, cuando precisa las formas y parámetros e instrumentos de calificación, y el retiro por que el resultado de

---

<sup>2</sup> Artículo 1º, Ley 909 de 2004.

<sup>3</sup> Constitución Política de Colombia, "**ARTICULO 125.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción".

<sup>4</sup> Artículo 5º Ley 909 de 2004

<sup>5</sup> C – 034 de 2015

<sup>6</sup> Ley 909 de 2004 **Artículo 27.** Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

<sup>7</sup> Artículo 23 Ley 909 de 2004, ver también Corte Constitucional Sentencia T – 047 de 2013

<sup>8</sup> Artículos 38, 39 y 40 de la Ley 909 de 2004.

<sup>9</sup> Ley 909 de 2004, Artículo 41 **Parágrafo 2º.** "Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado".

<sup>10</sup> *Ibidem*

la misma sea insubsistente, es reglada por cuanto el margen de apreciación de la autoridad administrativa (para el caso nominador) es limitado, dado que previamente se delimitó la forma, instrumentos, condiciones y reglas de una calificación insatisfactoria<sup>11</sup>

En segundo lugar, tenemos los empleos de libre nombramiento y remoción, corresponde con personal que para el nivel territorial (entre otros) la ley determinó unos cargos específicos que son de confianza <sup>12</sup>(secretarios de despacho, por ejemplo, a quienes el ordenamiento jurídico determinó cuáles empleos tenían la condición de ser de confianza y manejo y por ende están en el grupo, libre nombramiento y remoción), reúne las siguientes características:

- Hace referencia a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional, y, referirse a cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen esa clase de responsabilidades<sup>13</sup>.
- Los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida en que la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos de confianza. En consecuencia, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que con ello se vulnere ningún derecho fundamental, siempre y cuando no se produzca arbitrariedad<sup>14</sup>. (artículo 41 parágrafo 2º Ley 909 de 2004).
- La potestad en el retiro, es entonces discrecional, ello no significa que sea arbitraria, caprichosa, la decisión siempre está guiada por el interés general<sup>15</sup>, pero aquí el margen de apreciación es amplio quien determina si el empleado satisface las condiciones de conocimiento personal, confianza,

---

<sup>11</sup> Parejo Alfonso, L., Jiménez Blanco, A, y Ortega Álvarez, L Manual de Derecho Administrativo, 5 edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1998, pp. 464, sobre la noción potestad reglada, sostiene que las potestades regladas determinan en el plano normativo habilitante la acción administrativa en forma íntegra, en sus aspectos tanto formales como sustanciales de tal forma que la acción administrativa aparece prefigurada y circunscrita a la ejecución de la norma y la aplicación de la misma corresponderá a la subsunción del caso en el supuesto legal que le es aplicable, correspondiendo a la noción tradicional del principio de legalidad y al modelo derivable de Estado de Derecho". Ver también, Marín Hernández, Hugo Alberto, Discrecionalidad Administrativa, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Bogotá, Octubre de 2007, pp. 175-176, indica que el criterio distintivo de una actividad administrativa reglada, de una discrecional, es la definición de interés público de la norma, si la determinación de interés público es precisa, la administración carece de potestad de valoración, en función de la oportunidad de actuar o no hacerlo, la competencia entonces será reglada. Si la determinación fuera imprecisa la Administración tendrá la potestad de valorar si actúa o no y si lo hace en determinado sentido, es decir, se le otorga una facultad de apreciación del interés público con el fin de decidir la conveniencia o no de la acción administrativa, estando en presencia de una discrecionalidad administrativa

<sup>12</sup> T 686 de 2014.

<sup>13</sup> Ibidem

<sup>14</sup> Ibidem

<sup>15</sup> Sobre potestades discrecionales, Parejo Alfonso, L., Jiménez Blanco, A, y Ortega Álvarez, L Manual de Derecho Administrativo, 5 edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1998, pp. 462, La potestad discrecional, como punto básico, se identifica por cuanto en su definición normativa no anticipa el resultado remitiendo la toma de decisión pertinente en grado variable al juicio de la administración pública, lo que supone un cierto grado de libertad en su ejercicio. Así mismo señala que la potestad discrecional es la atribución que el legislador confiere al órgano administrativo para valorar en cada supuesto lo mejor para el interés público contando con libertad de elección entre alternativas justas, decidiendo por criterios de oportunidad, económicos o sociales. Ver también, Marín Hernández, Hugo Alberto, Discrecionalidad Administrativa, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Bogotá, Octubre de 2007, pp. 177 " ... *margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad o la imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos –aun de componente extrajurídico- en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico*"

seguridad y confidencialidad, es la autoridad pública, la norma permite a la autoridad fijar lo que interesa, al interés general, en ese empleo dada su naturaleza, quien concreta ése interés general tanto en su asignación como declaratoria de insubsistencia; por eso las decisiones no son motivadas y se presume el interés general, presunción que puede ser desvirtuada en sede judicial<sup>16</sup>.

La tercera categoría es la de los empleados provisionales, en estos empleos la vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos “*cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal*”<sup>17</sup>. Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional (mundo del deber ser) y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad<sup>18</sup>.

Excepcionalmente, los cargos de carrera pueden ser ocupados por personas en provisionalidad, esto en momentos de vacancias definitivas o temporales, mientras se proveen tales empleos de acuerdo con los requisitos de ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia, con el fin de suplir las necesidades de personal de la administración. En efecto, el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, sobre la provisión de los empleos por vacancia temporal, indica que los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

Entonces, se puede advertir que la naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción, así: (i) **los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa**, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero **tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción**, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos,

---

<sup>16</sup> T- 686 de 2014

<sup>17</sup> Corte Constitucional Sentencia T-1206 del 06 de diciembre de 2004. MP. Jaime Araújo Rentería.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción<sup>19</sup>; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación<sup>20</sup>; en tanto está ocupando provisionalmente un empleo de carrera no uno de libre nombramiento y remoción.

De allí que la Corte Constitucional viene precisando que entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia<sup>21</sup>, por cuanto el empleo en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera el mismo no es equivalente a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no puede predicarse el ejercicio de una potestad discrecional para el retiro del mismo. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.<sup>22</sup>

## **2. EL DEBER DE MOTIVACIÓN – ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES – RAIZ DEL PROBLEMA – Y CÓMO FUE SUPERADO.**

Bajo esa misma lógica, señaló la Corte Constitucional, la obligatoriedad de motivar el acto de retiro del servicio, como garantía del debido proceso:

*“La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado<sup>23</sup>.”*

<sup>19</sup> Corte Constitucional, sentencias SU-250 del 26 de mayo de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero y SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>20</sup> Corte Constitucional Sentencia SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Ibídem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia T 326 de 2014

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencia T 360 de 2015, consideración 3.5.6.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencia T-241 del 02 de abril de 2009. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

Se advierte, tal como lo indica la Corte Constitucional, el empleado provisional si puede ser retirado del ser servicio, en efecto, si llega a la Administración lo es para ejercer un cargo de carrera, que no ha podido ser provisto por concurso o cuyo titular se ha separado en forma temporal, en consecuencia es nombrado para para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, por ende a la administración le asiste no solo el derecho sino el deber bajo esas mismas razones, de mejorar el servicio o impedir su interrupción, la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no corresponda con los requerimientos de ella, pero aquel le asiste el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado, en tanto no llega al servicio por razón de confianza sino a ocupar un empleo de carrera. Ahora el hecho de motivar el acto no lo convierte en empleado de carrera ni las garantías de estabilidad reforzada pero si una intermedia, como se explicará posteriormente.

En forma reiterada y unificada la Corte Constitucional ha señalado que los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera<sup>24</sup>.

No obstante la tesis no era pacífica al interior del Consejo de Estado, pero el precedente que se aparta de la tesis de la Corte Constitucional<sup>25</sup>, encontraba varios supuestos normativos, de los cuales el más determinante del año 1973 en forma expresa facultaba a la administración pública, a no motivar los actos administrativos de retiro de empleados provisionales:

***“DECRETO 1950 DE 1973 DE LA DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA***

***Artículo 107º.-*** *En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.*

*"En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña".*

Esta norma fue el obstáculo principal de la falta de unificación de los precedentes de las corporaciones judiciales de cierre, pero lo fue hasta la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, al consignar en el parágrafo 2º del artículo 41: *“Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las*

---

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencias SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio y T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>25</sup> A manera de ejemplo, y entre otras Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, dieciséis (16) de abril de dos mil nueve (2009), Radicación número: 25000-23-25-000-2001-05146-01(5146-05)

*causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”.*

De allí que el Consejo de Estado, desde el año 2010<sup>26</sup>, y para los casos de retiro de servicio de empleados provisionales expedidos en vigencia de la Ley 909 de 2004, estimò que bajo tal normativa dichos actos requieren motivaciòn, al considerar que la motivaciòn del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se había producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculaciòn ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica de acuerdo con lo previsto en el párrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004<sup>27</sup>, reconociendo que la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remociòn, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004)”.<sup>28</sup>

Ahora, cualquier duda sobre el particular, es resuelta con la previsiòn del artículo 10 del Decreto de 1227 de 2005: *“Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duraciòn del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resoluciòn motivada, podrá darlos por terminados”.*

Por lo anterior, es posiciòn unificada tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado que los actos de retiro que se produzcan en vigencia de la Ley 909 de 2004 (empleos para los cuales aplique la misma), que abarca a los empleos de los municipios y departamentos, el retiro de un empleado provisional, sólo puede hacerse por resoluciòn motivada. No obstante la situaciòn anterior ha llevado que en muchos casos los entes territoriales sigan amparàndose en aquellos precedentes del Consejo de Estado que bajo un argumento razonado (soportados en el Decreto 1950 de 1973, artículo 107), que corresponden a actos de retiro que se surtieron con antelaciòn a la ley 909 de 2004, traer dichos precedentes a la situaciones que se consolidan en vigencia de la actual legislaciòn, y que por ende devienen en la nulidad de sus actos.

### **3. EL PROBLEMA BAJO LA LEY 909 DE 2004, DE LA DEBIDA MOTIVACIÒN O RAZÒN SUFICIENTE, CAUSAS DE CONDENA Y CÒMO EVITARLO.**

---

<sup>26</sup>Consejo de Estado, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, radicaciòn 25000-23-25-000-2005-01341-02 (0883-08); sentencia, del 23 de septiembre de 2010, Secciòn Segunda.

<sup>27</sup> De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duraciòn que se contempla en la misma disposiciòn, mediante resoluciòn motivada.

<sup>28</sup>Consejo de Estado, secciòn segunda, subsecciòn A; sentencia del 23 de octubre de 2012, radicado No. 11001-03-15-000-2012-00671-01(AC), Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero.

¿Cuál entonces la dificultad, si la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios prevén la motivación del retiro de estos empleados?, está en lo que se entiende por motivación para los casos de retiro del servicio de empleados provisionales, y la persistencia es desconocer las garantías que vía precedente de la Corte Constitucional, por la naturaleza del cargo, lleva implícita este tipo de empleos, que denomina la Corte Constitucional como motivación por razón suficiente.

Aquí se presenta una confusión entre motivar, y existencia de argumentos meramente formales, superficiales, aparentes en el acto de declaratoria de insubsistencia o retiro del empleado provisional, prácticas que rompen principios constitucionales, (debido proceso, publicidad y principio democrático). Principalmente el debido proceso, que implica la garantía que sobre la razón consignada en el acto, se erija la defensa, en tanto no siendo empleado de confianza, es necesario tener conocimiento de las razones de retiro para que puedan estas ser controvertidas, en términos más sencillos, sino conozco porqué razón es separado del servicio cómo se puede entonces atacar el acto de retiro (imposibilidad de defensa).

La motivación del acto administrativo no es un requisito formal de introducir cualquier argumentación en el texto del acto administrativo, que contenga la expresión considerandos no constituye motivación del mismo, el acto debe corresponder con lo que la Corte Constitucional ha denominado **“razón suficiente”**, que es una exposición de argumentos puntuales que describan de manera clara, detallada y precisa las razones a las que acude el ente público para retirar del servicio al funcionario.<sup>29</sup>

Cómo ya se había señalado el empleado provisional llega a ejercer un empleo de carrera, por necesidad del servicio, para impedir la paralización o interrupción del mismo, en consecuencia la debida motivación de corresponder, a circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, es decir, referencia expresa a las circunstancias particulares del actor y de servicio.<sup>30</sup>

### **3.1. Causa de condena, ejemplos de motivación aparente (legalidad formal)**

Como ejemplos, de motivación aparente contenidas principalmente en providencias de la Corte Constitucional, algunas de ellas han encontrado calcas en éste distrito judicial, son las siguientes:

---

<sup>29</sup> Ver entre otras, sentencias T 147 de 2013, Reiteración SU-556 de 2014, T 204 de 2012, Reiteración SU-917 de 2010.

<sup>30</sup> Sentencia T-104 de 2009, entre otras.

- El empleado no es carrera administrativa **y por ende carece de beneficios.**
- La invocación del ejercicio de una facultad discrecional que realmente no existe, o la “cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular”, no son admisibles como razones claras, detalladas y precisas, para la desvinculación de un funcionario.<sup>31</sup> En efecto, traer precedentes del Consejo de Estado, que se erigieron sobre actos administrativos de retiro con antelación a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, no solo es no es una motivación suficiente, sino que constituyen precedentes no aplicables, como ya se referenció.
- Justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado<sup>32</sup>. (no resultan válidas apreciaciones generales y abstractas)
- La naturaleza provisional de un nombramiento <sup>[57]</sup>.

### **3.2. Cómo evitarlo, qué debe contener la motivación:**

En contraste traemos los siguientes elementos jurídicos, de lo que es la debida motivación y se espera debe contener el acto administrativo, contenidos en precedentes de la Corte Constitucional<sup>33</sup>:

- Al ser nombrado para satisfacer una necesidad en la administración o de impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, el derecho la de la administración a mejorar el servicio o impedir su interrupción y cuando el empleado provisional no se avenga a los requerimientos de ella.
- Expresión de las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión, de manera clara, detallada y precisa.

<sup>31</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

<sup>32</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

<sup>33</sup> Ob cit, Ver entre otras, sentencias T 147 de 2013, Reiteración SU-556 de 2014, T 204 de 2012, Reiteración SU-917 de 2010

- Motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público<sup>34</sup>.
- Dicho acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico.
- Situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso.”<sup>35</sup>
- Derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. Para el efecto, cita el precedente el siguiente apartado doctrinal: “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”<sup>36</sup>
- Cumplimiento del periodo de provisionalidad, si fueron desingados para un período específico, como son los casos en que el titular siendo de carrera, retorna al mismo al cumplirse la licencia o separación transitoria.
- Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad encuentra por razón principal que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo (T-1310 de 2005, T-222 de 2005, T-800 de 1998, T-884 de 2002, T-1206 de 2004 y T-392 de 2005), razón suficiente de la motivación.

#### **4. CONCLUSIÓN.**

La administración pública, debe diferenciar la razón de ser que entraña la forma de vinculación y retiro de los empleos en carrera, libre nombramiento y remoción, y provisionalidad; respecto del poder (facultad) conferido al nominador en cada caso, al entender el empleo provisional como una forma transitoria de proveer los empleos de carrera, a quienes les asiste una estabilidad intermedia, y conforme lo dispone en forma expresa el artículo 10 del Decreto de 1227 de 2005, los actos administrativos que ordenan el retiro de tales empleados, deben ser motivados.

---

<sup>34</sup> Corte Constitucional, sentencia t – 360 de 2015.

<sup>35</sup> *Ibidem*

<sup>36</sup> *Ibidem*

La motivación no es un elemento formal del acto, sino sustancial, y debe corresponder con lo que ha señalado el precedente de la Corte Constitucional a una “razón suficiente”, fundada en el servicio y las circunstancias particulares del empleado que es retirado, todo ello en garantía del particular fin de este tipo de empleos, que no corresponden a situaciones de confianza, dirección o manejo, por ende la debida motivación de estos actos administrativos, llama a la cultura de la legalidad, que en nuestro ordenamiento establece el respeto de los límites del ejercicio del poder público y la garantía del debido proceso.